

## **XI. 1.C. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE ASPECTOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO DERIVADOS DE LAS LEYES ORGÁNICA 8/2015, DE 22 DE JULIO, Y ORDINARIA 26/2015, DE 28 DE JULIO DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA.**

**Pedro A. Aguiló Monjo**

### **I. CUESTIÓN PREVIA: RECORRIDO HISTÓRICO ACERCA DE LA DELIMITACIÓN COMPETENCIAL DE DICHA MATERIA EN LAS ILLES BALEARS.**

Como es bien sabido, los denominados “Pactos de la Moncloa” que asumieron las conclusiones del Comité de Expertos que encabezó el recordado profesor Eduardo García de Enterría determinaron un cambio de rumbo en el desarrollo del proceso autonómico en cuya virtud los Estatutos de Autonomía que no habían alcanzado la aprobación definitiva, cualquiera que fuera su estado de tramitación parlamentaria, debían seguir la vía del artículo 143 de la Constitución Española. En aquellos que estaban ya en su fase final, caso de las Comunidades Autónomas valenciana y canaria, la aprobación de los Estatutos de Autonomía se simultaneó con sendas aprobaciones de leyes orgánicas de transferencia de competencias al amparo del artículo 150 de la Constitución Española que les permitió, desde el inicio, un ámbito competencial análogo a las que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 151 de la Constitución Española, aunque ostentaran, junto a competencias propiamente estatutarias, otras únicamente transferidas, sometidas éstas últimas a un mayor control del Estado. En el caso de las Illes Balears, el Estatuto de Autonomía aprobado por Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero, contenía un artículo 16 que contemplaba en el apartado 1 e) el ejercicio de la competencia en materia de “Instituciones públicas de protección y tutela de menores”, aunque supeditaba su asunción, así como la de aquéllas otras que, reguladas en el Estatuto, estuvieren incluidas en el artículo 149 de la Constitución Española, a que transcurrieran cinco años y se produjera la reforma del Estatuto, en los términos del artículo 148.2 CE o a que se aprobara una ley orgánica de transferencias al amparo del artículo 150 CE. Se trataba pues de una competencia *latente, dormida*, reflejada en el Estatuto de Autonomía pero en realidad no asumida por nuestra Comunidad Autónoma.

Por todo ello cuando se produjo la primera gran reforma postconstitucional del sistema de protección de menores, mediante la Ley estatal 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación del Código Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores, las Illes Balears no habían, todavía, asumido competencias sobre dicha materia.

Hubo que esperar, no cinco años, sino casi diez para que, mediante la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución, se atribuyera a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears la competencia exclusiva en materia de Instituciones Públicas de protección y tutela de menores. Y aún entonces la competencia se asumió como transferida ex artículo 150 CE, no como plenamente estatutaria, pero ya posibilitó que mediante el Real Decreto 2170/1993, de 10 de diciembre, se materializara la transferencia con el traspaso de funciones, servicios y medios personales y materiales. Habrá que esperar hasta la modificación del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, efectuada por la Ley Orgánica 9/1994, de 24 de marzo, para que el artículo 10. 33º contemple como competencia estatutaria propia y exclusiva la materia de “Instituciones públicas de protección y tutela de menores”.

Dos precisiones resultan pertinentes en este momento: a) la primera consiste en distinguir la competencia examinada, que supone una protección de carácter jurídico y se desarrolla mediante las instituciones jurídicas de la guarda, tutela, curatela, acogimiento y adopción en los términos regulados en el Código Civil, de la contemplada en el artículo 148.20 CE bajo la denominación de asistencia social, asumida desde el momento inicial por el artículo 10.12 del Estatuto de Autonomía de 1983 y destinada a toda la población en general aunque pudiera establecer actuaciones determinadas en favor de los colectivos más desfavorecidos; y b) la segunda supone que las leyes estatales, tanto la citada 21/1987 (en su disposición final), como la posterior Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en su disposición final vigésimo primera, apartado 3) y la Ley 26/2015, de 28 de julio (en su disposición final decimoquinta) dejan a salvo la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan. El derecho civil propio de las Illes Balears no contiene norma alguna que pueda servir de punto de partida para que el legislador autonómico regule desde la perspectiva del derecho civil la materia de que tratamos. La Exposición de Motivos de la ley balear 7/1995, de 21 de marzo, de guarda y protección de los menores desamparados se refiere a esta cuestión en los siguientes términos:

“...la present llei no incideix en els aspectes de la matèria propis del Dret civil, com el contingut de la pàtria potestat o els efectes de l’acolliment o de l’adopció, que tampoc no poden quedar coberts per la competència sobre conservació, modificació i desenvolupament del Dret civil propi de les Illes Balears recollida a l’article 10.22 del nostre Estatut -*avui article 30.27 de l’Estatut de 2007*-. Això no seria factible ni tan sols aplicant la teoria de les matèries o institucions connexes de què s’ha servit el Tribunal Constitucional en la sentència 88/1993, de 12 de març, per declarar constitucional una llei reguladora d’alguns aspectes parcials de l’adopció i que reitera per a Balears la sentència del Tribunal Constitucional 156/93, de 6 de maig; perquè en el nostre cas, resulta impossible trobar una connexió de les institucions de guarda, acolliment o adopció amb la legislació civil balear actualment vigent. I, per altra banda, la sentència del Tribunal Constitucional 49/1988, de 2 de març, manifesta clarament que, quan una figura es pot subsumir en dos o més títols competencials, ha de donar prioritat al que sigui més específic sobre el més genèric”

Las recientes SSTC 82 y 192/2016 han reiterado la doctrina de las materias conexas sin variación alguna.

Asumida la competencia sobre instituciones públicas de protección y tutela de menores, en los términos expuestos, el Parlamento de las Illes Balears aprobó las leyes 6 y 7/1995, de 21 de marzo. La primera, de actuación de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears en aplicación de las medidas judiciales sobre menores infractores que reguló la ejecución de las medidas dictadas por los Juzgados de Menores en los términos contenidos en la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio; y la segunda, de guarda y protección de los menores desamparados. Posteriormente, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, incorpora al Código Civil las distintas clases de acogimiento familiar (simple, permanente y preadoptivo) que ya se habían regulado en muchas legislaciones autonómicas; completa lo establecido para la guarda administrativa en cuanto a su formalización por la entidad pública a petición de los padres o tutores cuando éstos no puedan cuidar a un menor y amplía la facultad de aquélla para variar su forma de ejercicio; precisa determinadas cuestiones de la tutela administrativa como consecuencia de la declaración de desamparo de un menor; clarifica la ley sustantiva aplicable a la adopción y refuerza la posición del Ministerio Fiscal como superior vigilante de las distintas instituciones de protección de menores que ya había establecido la anterior Ley 21/1987.

Una de las singularidades más acusadas del proceso autonómico de las Illes Balears ha sido que la transferencia de competencias del Estado a la Comunidad Autónoma se ha visto sometida, con escaso tiempo para el ejercicio por parte de esta última, a un segundo proceso de transferencia desde ésta a los Consejos Insulares.

Así ocurrió también con la competencia relativa a las instituciones públicas de protección y tutela de menores. Y ello a pesar de que no se contemplaba entre las enumeradas en el artículo 39 del Estatuto de Autonomía entonces vigente. Se hizo en virtud de la cláusula residual de dicho artículo que se refiere a “... en general, cualesquiera otras que en su ámbito territorial correspondan a los intereses respectivos, de acuerdo con las transferencias o delegaciones que a tal fin se establezcan, a demanda de los Consejos Insulares...”. El Consejo Consultivo emitió Dictamen facultativo núm. 27/96 sobre la viabilidad jurídica de la transferencia a los Consejos Insulares de las funciones ejecutiva y de gestión en materia de instituciones públicas de protección y tutela de menores y consideró más adecuada para el caso la técnica de la delegación de competencias. El Parlamento balear, en cambio, aprobó la Ley 8/1997, de 18 de diciembre, de atribución de competencias a los Consejos Insulares en materia de tutela, acogimiento y adopción de menores, estableciendo en su artículo 2 que “la atribución de las competencias se realiza en régimen de transferencia... y en los términos que se establecen en esta Ley”. Los Consejos Insulares asumen, mediante un largo listado de funciones –19 apartados– contenido en el artículo 3, las funciones ejecutivas y de gestión que la Comunidad Autónoma había recibido del Estado, excepto la coordinación, las estadísticas autonómicas, determinadas actuaciones de ámbito autonómico y la representación ante otras Comunidades Autónomas, el Estado y Organismos Internacionales (artículo 4); el ejercicio de las acciones legales pertinentes en defensa de los derechos del menor en los términos previstos en la Ley Orgánica 1/1996 (artículo 5); y la potestad reglamentaria normativa (artículo 7) que se reservan al Gobierno de la Comunidad Autónoma.

Casi diez años después, el Parlamento balear aprobó la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears que establece una completa regulación análoga a la de otras Comunidades Autónomas e inspiradora –incluso en la propia denominación de la Ley– de alguna de las novedades contempladas en la legislación estatal de 2015 objeto del presente estudio. A efectos de la Ley se entiende por infancia el período de vida comprendido desde el nacimiento y los doce años y por adolescencia desde los doce a la mayoría de edad. El Título II se refiere a las competencias de las Administraciones Públicas de

las Illes Balears, reiterando para el Gobierno autonómico (arts. 9 a 12) las reservadas al mismo por la Ley 8/1997, de 18 de noviembre y añadiendo (art. 13) las potestades en aplicación de las medidas judiciales sobre personas menores de edad infractores (tradicionalmente denominadas de “reforma” y consideradas extramuros de la protección) y la planificación (art. 14), según la cual el primer año de cada legislatura el Consejo de Gobierno ha de aprobar un plan integral de apoyo a la infancia y a la adolescencia, aplicable por un período no inferior a tres años. Las competencias de los Consejos Insulares se recogen en el artículo 15 en términos similares a los establecidos en el art. 3 de la Ley 8/1997, de 18 de noviembre. Las de las Corporaciones Locales (art. 18) se limitan a la asunción de la responsabilidad más inmediata sobre el bienestar de los menores, la sensibilización de la opinión pública y la promoción de las medidas positivas para la defensa de sus derechos, la suscripción de convenios de colaboración con las demás administraciones para la protección de menores en situación de riesgo o de conflicto social y al fomento en su territorio de la iniciativa social, la participación ciudadana y el voluntariado para las actuaciones reguladas en esta Ley.

Con todo ello llegamos a la reforma integral del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, operada por Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, que supuso un claro reforzamiento institucional y competencial de los Consejos Insulares. Por un lado, el artículo 70 enumera en 20 apartados las materias que son consideradas competencias propias *ex estatuto* de los Consejos Insulares. Muchas de ellas reproducen la denominación de las anteriores leyes de atribución, lo que supone, a mi juicio, un importante elemento interpretativo para su delimitación y alcance. Así ocurre con el apartado 8 del referido artículo 70 que se refiere a “Tutela, acogimiento y adopción de menores” reproduciendo la denominación de la Ley 8/1997, de 18 de diciembre, en contraposición del artículo 30.39 que atribuye a la Comunidad Autónoma competencia en materia genérica de “protección de menores”. Por otro lado, además, el artículo 72.1º introduce una novedad de gran relevancia al establecer que “en las competencias que son atribuidas como propias a los Consejos Insulares, éstos ejercen la potestad reglamentaria”. Comprende con ello la potestad reglamentaria normativa de desarrollo de las leyes, lo que, obviamente, supone una importante limitación del Gobierno autonómico al respecto. En compensación, o al menos como contrapeso, el artículo 58.3º del Estatuto afirma que “en las competencias que, de acuerdo con este Estatuto, los Consejos Insulares hayan asumido como propias, el Gobierno de las Illes Balears podrá establecer los principios generales sobre las materia, garantizando el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de los Consejos Insulares”. A este respecto, la doctrina unánime y repetida del Consejo Consultivo (por todos, Dictámenes 101 y 104/2007; 116/2008; 114 a 116/2020; 69/2011 y 20/2015) señala lo siguiente:

“a) Els principis generals només es poden establir per decret del Govern, sempre respectant el principi de jerarquia normativa, atès l'article 58.3 de l'EAIB. Per tant, no variarà la naturalesa de la norma reglamentària, sinó l'abast de la disposició, l'objecte de la normativa.

b) Correspon al Govern de la Comunitat Autònoma la definició del principis generals normatius (que, en tot cas, són d'emissió voluntària “podrà”), però no es pot obligar els consells insulars a esperar que el Govern determini aquests principis.

c) L'expressió formal de que estam davant aquests principis generals (el concepte formal de norma bàsica) és obligada en la norma (n'és l'objecte); és a dir, el dit reglament s'ha d'identificar expressament com a norma de principis.

d) Els principis generals no poden exhaurir la matèria i s'ha de deixar un marge ampli a la reglamentació dels consells insulars. Els principis generals han de constituir un mínim denominador normatiu comú a tot el territori autonòmic, basat en aspectes d'interès suprainsular, de relacions amb l'Estat i les Comunitats Europees, de bona administració i de respecte als drets dels ciutadans.

e) Aquests aspectes seran controlats pels previsibles recursos davant la jurisdicció contenciosa-administrativa i, en canvi, no són susceptibles de provocar el plantejament del conflicte de defensa de l'autonomia local (atès l'article 75 bis de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional) perquè només poder ser objecte d'aquest conflicte disposicions amb rang de llei.

f) Els reglaments dictats pels consells insulars en desenvolupament d'aquestes matèries requeriran, amb caràcter previ, el dictamen preceptiu del Consell Consultiu”.

Cuestión distinta es la de la coordinación atribuida al Gobierno autonómico por el artículo 72.2º y 3º del Estatuto de Autonomía, ya que, como afirma, entre otros, el Dictamen del Consejo Consultivo núm. 91/2016 ... “malgrat que es comprèn en un article referit a la “potestat reglamentària”, en el nostre dret la coordinació és una tècnica de relació interadministrativa la finalitat de la qual ha estat precisada per la doctrina del Tribunal Constitucional (per exemple, en la sentència 80/1984, de 20 de juliol), que admet que comporta un cert poder de direcció, conseqüència de la posició de superioritat en què es troba qui coordina respecte dels coordinats i implica poder establir un límit efectiu a l'exercici de les competències...” aunque añade que “...res no s'oposa

al fet que les tècniques coordinadores... puguin situar-se en determinats casos en vehicles normatius. Així succeiria, per exemple, en relació amb objectius d'actuació administrativa establerts en plans o directius que es fixessin com a vinculants per als ens insulars”.

Finalmente, el artículo 69 del Estatuto de Autonomía de 2007 establece una cláusula de cierre competencial en favor del Gobierno de las Illes Balears que no permite la transferencia de competencias a los Consejos Insulares, más allá de las que tienen atribuidas como propias *ex estatuto*, cuando “...por su propia naturaleza tengan un carácter suprainstular, que incidan sobre la ordenación y la planificación de la actividad económica general en el ámbito autonómico o aquellas competencias cuyo ejercicio exija la obligación de velar por el equilibrio o la cohesión territorial entre las diferentes islas”. Por otra parte, es claro que el territorio se configura como un elemento definidor y limitativo del ejercicio de la competencia (*vide*, por ejemplo, SSTC 38/2002, de 14 de febrero, FJ 6 y 8/2013, de 17 de enero, FJ 5) de modo que la autonomía se predica de los entes territoriales “... para el ejercicio de los intereses respectivos (artículo 137 CE, 61.2 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears de 2007 y 1.2 de la Ley 7/1989, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local). Por ello, los Dictámenes del Consejo Consultivo 116/2010, 85/2013 y 91/2016 han sostenido la competencia del Gobierno autonómico para la aprobación de disposiciones reglamentarias reguladoras de intereses suprainstulares (en el último caso, por ejemplo, para crear una renta para personas en proceso de autonomía que han sido sometidas a medidas administrativas de protección de menores).

## **II. PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA REFORMA DE 2015 EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES: EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.**

Transcurridos casi veinte años desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y aprobadas distintas y numerosas leyes en el ámbito autonómico (por todas, la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, de les Illes Balears y la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia, de Cataluña) se aborda la necesaria reforma de la legislación estatal en materia de protección de menores. Y se hace mediante dos leyes, una de carácter orgánico, la 8/2015, de 22 de julio, y otra ordinaria, la 26/2015, de 28 de julio. El Preámbulo de la primera señala que “...tiene como objetivo principal introducir los cambios jurídicos-procesales y sustantivos necesarios

en aquellos ámbitos considerados como materia orgánica, al incidir en los derechos fundamentales y libertades públicas establecidos en los artículos 14, 15, 16, 17.1, 18.2 y 24 de la Constitución Española; y el de la segunda añade que “...es necesario mejorar los instrumentos de protección jurídica para conseguir el cumplimiento efectivo del artículo 39 de la Constitución... (e) introducir los cambios necesarios para que la legislación de protección a la infancia y a la adolescencia permita continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio y constituya una referencia para las Comunidades Autónomas.

El inciso final del artículo 12.1 de la Ley Orgánica 1/1996, introducido por la Ley 26/2015, de 28 de julio, pone de manifiesto que el sistema de protección de los menores por los poderes públicos se articula a través de tres principios básicos de actuación al afirmar que “...deberán primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales, y las consensuales frente a las impuestas”.

Según el primero la guarda se realizará mediante el acogimiento familiar, priorizando la permanencia en su familia de origen, si ésta no es posible en la familia extensa y si no en una familia ajena, de modo que sólo en último término deba acudir al acogimiento residencial. El reformado artículo 2.2 c) de la Ley Orgánica 1/1996 establece que “se priorizará la permanencia en la familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno...”

Para hacer efectivo el segundo, los apartados 5 y 6 del citado artículo 12 establecen un control más intenso y continuado de las medidas de protección no permanentes frente a las que sí lo son y exigen justificar la no adopción de medidas más estables. Afirman, en concreto, que:

“5.- Cualquier medida de protección no permanente que se adopte respecto de menores de tres años se revisará cada tres meses, y respecto de mayores de esa edad se revisará cada seis meses. En los acogimientos permanentes la revisión tendrá lugar el primer año cada seis meses y, a partir del segundo año, cada doce meses.

6.- Además de las distintas funciones atribuidas por la ley, la Entidad Pública remitirá al Ministerio Fiscal informe justificativo de la situación de un determinado menor cuando éste se haya encontrado en acogimiento



residencial o acogimiento familiar temporal durante un período superior a dos años, debiendo justificar la Entidad Pública las causas por las que no se ha adoptado una medida protectora de carácter más estable en ese intervalo”.

En cuanto al tercero basta resaltar el hecho de que, ante una situación de riesgo, la nueva redacción del artículo 17.4 y 5 de la Ley Orgánica 1/1996 impone que la valoración preceptiva conlleva que será oída y tenida en cuenta la opinión de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores en el intento de consensuar un proyecto de intervención social y educativo familiar, que también se comunicará y consultará con el menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años, de tal modo que sólo la omisión de la colaboración prevista podrá dar lugar a la declaración de la situación de riesgo del menor mediante la correspondiente resolución administrativa motivada.

En cualquier caso, tanto la aplicación de dichos principios como la adopción de cualquier decisión que afecte a un menor exige tener en cuenta su interés superior como regla en la materia. Así ha sido desde la ley 21/1987 y, en particular, desde la Ley Orgánica 1/1996, pero, dado su carácter de concepto jurídico indeterminado, ha dado lugar a muy diversas interpretaciones. Por ello, para dotar de contenido el concepto mencionado, la Ley 8/2015, de 22 de julio, modifica extensamente el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como, en especial, los criterios de la Observación General nº 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

En concordancia con ello, parte de que el concepto de interés superior del menor se define desde un triple contenido: como derecho sustantivo, como principio general de carácter interpretativo y como norma de procedimiento.

El reconocimiento como derecho tiene la relevancia de permitir su exigibilidad como tal, teniendo en cuenta para su aplicación los criterios y los elementos generales enumerados en los apartados 2 y 3 del artículo 2 reformado de la Ley Orgánica 1/1996, que deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos de los que ampara.

Su consideración como principio general de carácter interpretativo, además de lo ya expuesto, exige que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la que más y mejor responda a los intereses del menor.

Como norma de procedimiento, el apartado 5 del tantas veces citado artículo 2 proclama los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente; a la intervención en el proceso de profesionales cualificados y expertos; a la participación en el proceso tanto del Ministerio Fiscal, en defensa de sus intereses, como de los progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiere conflicto o discrepancia con ellos; a la adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados; y a la existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada.

Íntimamente conectado con lo establecido en el artículo 2 está la modificación introducida en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 que regula el derecho del menor a ser oído y escuchado de manera mucho más detallada y de acuerdo con los criterios recogidos en la Observación nº 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado. El Defensor del Pueblo ya había llamado la atención sobre el hecho de que, en su redacción original, el artículo 9, bajo la rúbrica “derecho a ser oído”, presentaba alguna diferencia conceptual con la Convención de las Naciones Unidas que pone el acento en la escucha. En este sentido, indica que en la tradición jurídica española *ser oído* implica fundamentalmente un trámite del que no se sigue la obligación de asumir en lo posible la posición de la persona oída. El concepto de *escucha* en el marco de la Convención es más exigente, pues además de atender a lo escuchado, ha de razonarse la decisión de apartarse de lo manifestado por el niño (Defensor del Pueblo: Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia, 2014, pág. 14).

Para el ejercicio de dicho derecho en cualquier procedimiento, proceso o decisión que afecte al menor deberá recibir la información que le permita su ejercicio en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias. Sus comparecencias y audiencias en los procedimientos judiciales y administrativos tendrán carácter preferente y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo y sólo podrán denegarse por resolución motivada en el interés superior del menor. Además, se establece expresamente que no puede existir ninguna discriminación en el ejercicio de este derecho por razón de edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia.

Por otra parte, el apartado 2 del citado artículo 9 sustituye, siguiendo el precedente de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, el término *juicio* por el de *madurez*, cuando se afirma que “se garantizará que

el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado...Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuanto tenga doce años cumplidos”.

Finalmente, en este apartado debemos aludir a dos cuestiones: la primera consiste en la modificación por parte de la Ley Orgánica 8/2015, del apartado c) del artículo 10.2 de la Ley Orgánica 1/1996 para establecer que los menores pueden plantear quejas ante el Defensor del Pueblo pero también “...ante las instituciones autonómicas homólogas...” y aclarar que “los Adjuntos que se hagan cargo de tales asuntos deberán facilitarles el acceso a mecanismos adecuados y adaptados a sus necesidades y garantizándoles la confidencialidad”. Respecto a las Illes Balears, el artículo 117 de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, atribuye a la Sindicatura de Greuges velar especialmente por el cumplimiento de las previsiones contenidas en dicha Ley y añade, en su apartado 2, que “a tal efecte es podrà nomenar un defensor o una defensora de la infància i l’adolescència adjunt o adjunta a la Sindicatura de Greuges”. No obstante, conviene precisar que, a pesar del tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley 1/1993, de 10 de marzo, de Síndic de Greuges de les Illes Balears (BOCAIB nº 52 Ext, de 7 de abril de 1993) todavía no se ha puesto en marcha la institución nombrando al primer Síndic de Greuges, para lo cual, por cierto, la disposición final primera de la citada Ley 1/1993 otorgaba el plazo de un año; la segunda cuestión se refiere a la inclusión por la Ley Orgánica 8/2015 de un apartado d) al mismo artículo 10.2 de la Ley Orgánica 1/1996, estableciendo así que, para la defensa y garantía de sus derechos el menor puede: “....d) Solicitar asistencia legal y el nombramiento de un defensor judicial, en su caso, para emprender las acciones judiciales y administrativas necesarias encaminadas a la protección y defensa de sus derechos e intereses. En todo caso el Ministerio Fiscal podrá actuar en defensa de los derechos de los menores”.

### **III. LA SITUACIÓN DE RIESGO EN LA REFORMA DE 2015 DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES.**

La situación de riesgo del menor aparece ya apuntada en el artículo 17 de la Ley Orgánica 1/1996, en su primitiva redacción, y su distinción con la situación de desamparo se basaba, y se basa, en la menor gravedad de la desprotección en el primer caso, lo que daba lugar a la adopción de medidas dentro de la propia familia de origen, y en la mayor gravedad de aquélla y la decisión de separar al menor de su familia de origen, en el segundo.

La práctica había desembocado en una desproporción en favor de la declaración de la situación de desamparo, sin agotar las posibilidades que la declaración de riesgo, sin separación de la familia de origen, posibilitaba ya entonces. No es ajeno a ello que esta última situación requiere una más amplia protección de la familia afectada con medidas de ayudas y de apoyo técnico y asistencial para las que la Administración interventora no ha contado con medios suficientes. En cualquier caso, la reforma introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, se alinea con la regulación integral de la situación de riesgo del menor incluyendo su definición, los procedimientos para declararla, así como también las particularidades del riesgo prenatal y del motivado por la ausencia de tratamientos médicos. Conviene advertir, antes de entrar en el análisis de la situación de riesgo, que le puede preceder la obligación de atención inmediata, obligación que puede provocar que la Entidad Pública asuma la guarda provisional de un menor prevista en el artículo 172.4 del Código Civil para practicar diligencias, investigar circunstancias y constatar la posible situación real de riesgo o de desamparo existente (art. 14 Ley Orgánica 1/1996, reformado) y que la situación de riesgo, ni antes ni ahora, tiene reflejo en el Código Civil, por cuanto no afecta a la situación personal del menor, que seguirá sometido, bien a patria potestad, bien a tutela.

El artículo 17.1 reformado de la Ley Orgánica 1/1996 considera situación de riesgo “...aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar”.

El artículo 17 no contiene una enumeración de las diferentes situaciones que comportan una situación de riesgo para el menor, contrariamente a lo que sí hace el artículo 18 para la situación de desamparo, pero sí contempla, en cambio, dos indicadores de riesgo: en primer lugar, el tener un hermano declarado en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente; y, en segundo lugar, la concurrencia de circunstancias o carencias materiales que, sin embargo, no podrán nunca desembocar en la separación del entorno familiar. Es importante añadir que el artículo 18.2, como veremos más adelante, también señala de modo coherente que la situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo.

Para lograr que el menor no sea separado de su entorno familiar, las medidas de protección giran alrededor de la intervención de la Entidad Pública en la propia familia, garantizando los derechos del menor, disminuyendo los indicadores de riesgo y la dificultad que incidan en la situación personal, familiar y social en que se encuentra y promoviendo medidas para su protección y preservación del entorno familiar (art. 17.2). El instrumento consiste en el ya citado proyecto de intervención social y educativo familiar que deberá consensuarse con la participación de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores y cumpliendo el derecho del menor a ser oído y escuchado, en los términos del artículo 9 reformado de la Ley Orgánica 1/1996. En cuanto a su contenido, dicho proyecto de intervención deberá recoger los objetivos, actuaciones, recursos y previsión de plazos, promoviendo los factores de protección del menor y manteniéndolo en su entorno familiar. Sólo si la aludida colaboración activa no se produce, la administración pública competente procederá a la declaración de la situación de riesgo mediante resolución administrativa motivada, previa audiencia de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, y del menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años, que deberá incluir las medidas tendentes a corregir la situación de riesgo, incluidas las atinentes a los deberes respecto de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores. Frente a la resolución administrativa que declare la situación de riesgo del menor, se podrá interponer recurso conforme al artículo 780 de la LEC. Si durante el desarrollo del proyecto de intervención se produce el traslado del menor al ámbito de otra entidad territorial, el apartado 7 del artículo 17 prevé la comunicación, con remisión de la información y documentación necesaria, entre ambas administraciones para que pueda continuar surtiendo efecto el proyecto de intervención aprobado.

Cuando la administración interventora en la situación de riesgo (generalmente la local) estime que existe una situación de desprotección que puede requerir la separación del menor de su entorno familiar, o cuando, concluido el período previsto en el proyecto de intervención o convenio, no se hayan conseguido cambios en el desempeño de los deberes de guarda que garanticen que el menor cuenta con la necesaria asistencia moral o material, lo pondrá en conocimiento de la Entidad Pública (en las Illes Balears, los Consejos Insulares) para que valore la procedencia de declarar la situación de desamparo, comunicándolo al Ministerio Fiscal. Si estima que no procede declarar la situación de desamparo, lo pondrá en conocimiento de la administración interviniente en la situación de riesgo y del Ministerio Fiscal para que éste último supervise la situación del menor, pudiendo recabar la colaboración de los centros escolares y los servicios sociales, sanitarios o cualesquiera otros (artículo 17.8).

Cierran la regulación de la situación de riesgo dos supuestos específicos que merecen especial atención: la situación de riesgo prenatal (artículo 17.9) y la de riesgo motivado por la ausencia de tratamiento médico (artículo 17.10).

a) El riesgo prenatal.

Se define la situación de riesgo prenatal como “...la falta de cuidado físico de la mujer gestante o el consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo, así como cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por ésta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién nacido”.

Los servicios de salud y el personal sanitario deberán notificar esta situación a la administración pública competente y al Ministerio Fiscal y aquélla adoptará, en colaboración con los servicios de salud, las medidas adecuadas de prevención, intervención y seguimiento de las situaciones de posible riesgo prenatal, a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de riesgo o desamparo del recién nacido. Tras el nacimiento se mantendrá la intervención con el menor y su unidad familiar para que, si fuera necesario, se declare la situación de riesgo o desamparo del menor para su adecuada protección.

La cuestión de si el *nasciturus* puede ser declarado en situación de desamparo se resuelve de modo afirmativo en algunas legislaciones autonómicas. Sin duda la que lo regula más extensamente es la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los Derechos y Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia, que considera como situación de desamparo no sólo los perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal (artículo 105.2 c), sino que admite la declaración preventiva de desamparo antes del nacimiento cuando se prevé claramente la situación de desamparo del futuro recién nacido (artículo 110.4). Son múltiples las sentencias, sobre todo en Cataluña, que confirman resoluciones administrativas de declaración de desamparo a un *nasciturus*. Sirva de ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 18ª) núm. 670/2013, de 6 de noviembre, cuando afirma que “...no se ha constatado la existencia de un maltrato prenatal pero sí la concurrencia de otros indicadores que conducen a considerar que la menor no tiene garantizados sus cuidados en el seno familiar...” y, en consecuencia, confirma la declaración de desamparo realizada por la entidad pública competente antes de su nacimiento.

- b) El riesgo motivado por la ausencia de tratamientos médicos.

Se considera situación de riesgo la negativa de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores a prestar el consentimiento respecto de los tratamientos médicos necesarios para salvaguardar la vida o la integridad física o psíquica de un menor. En tales casos, las autoridades sanitarias pondrán inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, tales situaciones a los efectos de que se adopte la decisión correspondiente en salvaguarda del mejor interés del menor (artículo 17.10 reformado). De modo paralelo, para completar dicha regulación, la Disposición Final Segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, modifica el artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica, en el que se establece que cuando el consentimiento haya de ser prestado por los representantes del menor, después de haber escuchado su opinión en los términos del artículo 9 reformado de la Ley Orgánica 1/1996, y las decisiones sean contrarias al interés del menor, deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

#### **IV. LA SITUACIÓN DE DESAMPARO EN LA REFORMA DE 2015 DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES.**

El artículo 18.2 reformado de la Ley Orgánica 1/1996, tras remitirse a lo establecido en los artículos 172 y siguientes del Código Civil, define la situación de desamparo como "...la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material". Se completa la definición de modo negativo añadiendo que la situación de pobreza de progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tomada en cuenta para la valoración de la situación de desamparo ni tampoco la discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos. Y se considera indicador de desamparo tener un hermano en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de modo evidente.

En cualquier caso, la novedad más importante de la reforma operada en esta materia por la Ley 26/2015 consiste en el establecimiento de un listado de circunstancias determinantes de la situación de desamparo si concurren con la suficiente gravedad para suponer una amenaza para la integridad física o mental del menor. Son éstas, resumidamente, las siguientes:

- a) El abandono del menor, bien por faltar las personas a las que corresponda la guarda o porque no quieran o no puedan ejercerla.
- b) El transcurso del plazo de guarda voluntaria (dos años según el artículo 19.2 de la Ley Orgánica 1/1996), salvo prórroga excepcional, si los representantes legales del menor no pueden o quieren hacerse cargo del mismo.
- c) El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor, en caso de malos tratos, abusos sexuales, negligencia grave alimentaria o de salud, trata de menores y consentimiento o tolerancia al consumo por parte del menor de sustancias adictivas.
- d) El maltrato psicológico continuado o la falta de atención crónica de las necesidades afectivas o educativas que ponga en riesgo la salud mental del menor.
- e) El grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares que incumplan el deber de guarda y perjudiquen el desarrollo del menor o su salud mental.
- f) La inducción a la mendicidad, delincuencia, prostitución o cualquier otra explotación del menor.
- g) La ausencia de escolarización obligatoria y la continuada inducción al absentismo escolar.
- h) Cualquier otra (cláusula residual de *numerus apertus*) situación gravemente perjudicial que traiga causa del incumplimiento o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda.

Conviene resaltar que las circunstancias enumeradas, plagadas de conceptos jurídicos indeterminados, deben darse con la suficiente gravedad, valorada y ponderada conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, considerando la declaración de desamparo como medida extraordinaria y de interposición restrictiva, ya que la consecuencia es la separación del



menor de su entorno familiar y la asunción por parte de la Entidad Pública de su tutela por ministerio de la ley, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria (artículo 18.1º reformado de la Ley Orgánica 1/1996). La asunción de la tutela lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria.

Debe hacerse notar que la concurrencia de las circunstancias enumeradas lo que en realidad conlleva es el inicio de un procedimiento administrativo que concluirá con una resolución administrativa motivada que declare la situación de desamparo con la consiguiente asunción de la tutela automática por ministerio de la ley, comunicándolo al Ministerio Fiscal en su función de vigilancia y salvaguarda del interés superior del menor. Se omite, pues, la intervención judicial sea previa o ratificadora de la declaración administrativa. Claro es que en dicho procedimiento administrativo deberá respetarse el derecho de audiencia tanto de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores como del propio menor, en los términos del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996.

Una vez adoptada la resolución administrativa, y las medidas consecuentes, en el plazo máximo de 48 horas, se notificará en legal forma a los progenitores, tutores o guardadores y al menor, si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, con información clara, comprensible y en formato accesible y si es posible, especialmente en el caso del menor, de forma presencial (art. 172.1 Código Civil). Y, obviamente, gozará de la presunción de legalidad y consiguiente ejecutividad característica de los actos administrativos pero, de igual modo, podrá ser impugnada mediante el proceso civil regulado en el artículo 780 de la LEC denominado “oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores”, sin necesidad de reclamación previa en vía administrativa, desde la reforma introducida en la LEC por la Ley 54/2007, de Adopción Internacional. Además, según la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 1/1996, contra las resoluciones que declaren el desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la Ley los recursos se admitirán, en todo caso, en su sólo efecto, lo que implica que mientras se sustancian no se suspenderán los efectos de la resolución administrativa impugnada. El plazo de impugnación ha sido modificado por la Ley 26/2015 que lo fija en dos meses para oponerse a todas las resoluciones administrativas en materia de protección de menores superando una anterior redacción del artículo 780 LEC (derivada de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional) que otorgaba tres meses, en vez de dos, para oponerse a la declaración de desamparo y asunción de tutela por ministerio de la ley. Por otra parte, dado el interés jurídico

tutelado, el artículo 779 de la LEC otorga carácter preferente a la tramitación de los procesos relativos a la protección de menores de que tratamos.

Para concluir, el artículo 18 reformado de la Ley Orgánica 1/1996 regula por primera vez la competencia de las entidades públicas respecto a la protección de los menores españoles en situación de desprotección en un país extranjero y el procedimiento a seguir en caso de traslado de un menor protegido desde una Comunidad Autónoma a otra distinta, cuestiones que no estaban contempladas hasta el momento.

## **V. APUNTE DE OTRAS CUESTIONES DE LA REFORMA DE 2015 DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES.**

Lo hasta ahora expuesto, ya excesivamente extenso, no agota las reformas en materia administrativa derivadas de la legislación de 2015 del sistema de protección de menores. Veamos, aunque sólo sea como mero apunte, algunas de ellas:

1.- El artículo 19 regula la guarda de menores por parte de la Entidad Pública cuando los progenitores o tutores no puedan cuidar de un menor por circunstancias graves y transitorias o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda. La guarda voluntaria tendrá una duración máxima de dos años, salvo prórroga excepcional. Y el artículo 19 bis impone a la Entidad Pública que asume la tutela o guarda la elaboración de un plan individualizado de protección que incluya el programa de reintegración familiar que se desarrolla en los apartados 2 a 5 de dicho artículo. Los requisitos que se exigen para el retorno familiar resultan muy estrictos y de difícil cumplimiento, en particular si ha transcurrido bastante tiempo y no se ha incentivado un régimen de visitas de los padres naturales progresivamente más intenso.

2.- La Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 26/2015 sustituye las referencias al acogimiento preadoptivo por la delegación de guarda para la convivencia preadoptiva y las de acogimiento simple por las de acogimiento familiar temporal.

3.- Los artículos 20, 20 bis, 21 y 21 bis reformados de la Ley Orgánica 1/1996 modifican la regulación del acogimiento familiar y residencial. Para el primero, se desarrolla extensamente su formalización detallando minuciosamente el contenido de la resolución administrativa y del documento

anexo que debe acompañarla (artículo 20). Así mismo se regulan los derechos y deberes de los acogedores familiares de modo que suponen un completo estatuto jurídico de las relaciones generadas (artículo 20 bis). Para el segundo, el artículo 21 detalla las obligaciones básicas de las Entidades Públicas y de los servicios y centros donde se encuentren menores en acogimiento residencial. Finalmente, el artículo 21 bis establece los derechos de los menores acogidos con independencia de la modalidad de acogimiento en que se encuentre.

4.- Las memorias del análisis de impacto normativo que deben acompañar los anteproyectos de ley y los proyectos de reglamento han adquirido progresiva importancia, en particular en cuanto a los reglamentos ya que contienen su motivación, de modo que su omisión puede comportar su anulación en vía de control jurisdiccional. Su contenido viene cada vez más predeterminado por distinta legislación sectorial. A este respecto, la Ley 26/2015 introduce un artículo 22 quinquies en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, que exige que dicha memoria de impacto normativo incluirá el impacto de la normativa en la infancia y en la adolescencia. En el mismo sentido, se añade una disposición adicional en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas para que las referidas memorias también incluyan el impacto de la normativa en la familia.